

第31卷第12期
2013年12月

河北法学
Hebei Law Science

Vol. 31, No. 12
Dec., 2013

论我国国际私法中的经常居所

于 飞

(厦门大学 法学院 福建 厦门 361005)

摘 要: 经常居所是一个有价值且适用日趋广泛的连结点,《涉外民事关系法律适用法》引入并把它作为首要连结点,最新司法解释对其作了相应的规定。但是,不论立法、司法解释还是该连结点本身都存在不足。完善国际私法中的经常居所制度:首先,进一步思考经常居所的概念界定及其构成。经常居所与住所非同一概念。经常居所的构成要素应包括居住期间、居住意图及法律目的,而且,居住时间的长短应由法官自由裁量,无需规定具体的时限标准。其次,重视对未成年人的保护,确定儿童的经常居所应弱化其居住意图。再次,协调并弥合经常居所的法律冲突,具体规定冲突之解决方法。第四,结合我国特点,参考他国立法,在亲子关系和婚姻领域可以以经常居所为主要连结点,但对于自然人的能力、人格权等事项应以国籍作为主要连结点。

关键词: 《涉外民事关系法律适用法》;经常居所;住所;连结点;司法解释

中图分类号: DF97 **文献标识码:** A **文章编号:** 1002-3933(2013)12-0035-11

The Habitual Residence of Chinese Private International Law

YU Fei

(School of Law, Xiamen University, Xiamen 361005 China)

Abstract: Habitual residence is a connecting point with value and increasingly wide application. *The Law of the Application of Law for Foreign-Related Civil Relations* introduces it as the primary point of contact, the latest judicial interpretation makes corresponding provisions about it. Nevertheless, this legislation, judicial interpretation as well as the point of contact itself, has some obvious deficiencies. For the sake of perfecting the habitual residence system in the private international law we should: firstly, further think about the definition and components of habitual residence. Habitual residence and domicile are not of the same conception. Habitual residence shall be composed of such factors as resident period, resident intent and legal purpose, and that how long resident by judge's discretion, don't need to set specific time standards. Secondly, pay more attention to the protection of juveniles and weaken the resident intent in determining children's habitual residence. Thirdly, coordinate and bridge the conflicts of law of habitual residence, specify the conflict solution. Fourthly, in view of our country's characteristics and with references to foreign legislation, habitual residence may be served as the major connecting factor in the realm of parentage and marriage, while for the issues such as natural person's

收稿日期: 2013-09-01 该文已由“中国知网”(www.cnki.net) 2013年11月11日数字出版,全球发行

基金项目: 教育部人文社会科学研究项目《涉台民事案件法律适用问题研究》(11YJA820102)的阶段性成果

作者简介: 于 飞,女,厦门大学法学院教授,法学博士,博士生导师,研究方向: 国际私法。

capacity and personality rights the nationality shall come into play as the major connecting factor.

Key words: *The Law of the Application of Law for Foreign-Related Civil Relations*; habitual residence; domicile; point of contact; judicial interpretation

21 世纪伊始,国外有学者认为,从惯常居所的发展趋势来看,可以预见到的是它将被立法普遍采用^[1]。无疑,惯常居所的价值不容忽视,可对其理解及适用各国理论与实践并不一致。我国《涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)所称之“经常居所”与当今国际上流行的“惯常居所”(habitual residence)的含义无别^①。《法律适用法》“勇敢而坚定地采用经常居所地法作为属人法,独树一帜,必将在国际上产生重大影响。”^[2]经常居所作为我国属人法的主要连结点具有突出的创新性与超前性,同时也存在不确定性、模糊性及一定的盲目性。法律规定含糊将给司法实践带来困难。最高人民法院审判委员会于 2012 年 12 月 10 日通过的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》第 15 条规定了自然人经常居所地的认定标准,但对该规定仍需进一步思考。而且,我国为何抛弃传统上采用的国籍原则,无视以往适用的住所原则而彻底接受经常居所、不同属人法连结点的适用对我国及我国当事人有利抑或不利等等都存在疑问。由此,有必要在考察他人经验、反思我国实践基础上对经常居所展开探讨,目的在于建立我国立足本土符合国情的属人法连结点制度。

一、经常居所的意义

(一) 经常居所的价值

经常居所之所以作为确定管辖权和法律选择的连结因素,引起国际社会广泛关注并被采纳,是因为其本身具有不可忽视的内在价值。具体而言,表现在:首先,调和矛盾。调和国籍与住所的矛盾是经常居所产生的源动力及公认的优点。该概念最早出现在海牙国际私法会议制定的国际私法条约中,其目的就是为了调和大陆法系国家采用的国籍原则与英美法系国家采用的住所原则之间的矛盾。随着不少国家接受经常居所为连结点,调和两大法系属人法连结点矛盾的目标在逐步实现。其次,适时应时。现代交通运输不断发展,国际间人口流动日益频繁,原有的住所地和国籍国不再成为人们唯一的生活中心。经常居所适应国际民商事交往发展、人口流动需要之现实,对商业活动有利。诚如学者所言,惯常居所地法是作为解决两大法系对峙局面的一个妥协产物,但究其根源,世界经济的发展与国际民商交往的频繁方便惯常居所地成为晚近同人的身份与能力的法律关系联系较为密切的连结点之一^[3]。再次,便捷可行。经常居所的认定相对简单,有利于克服传统连结点的硬性、机械,可有效软化法律选择及实现“具体妥当性”^[4]。而且,经常居所常常也是当事人的财产所在地,以经常居所作为司法管辖依据和法律适用的根据便于有效地采取司法强制措施,有利于司法审判和执行。第四,有效公正。主要表现在保护未成年人利益和保障扶养关系的有效性方面,适用经常居所地法有效公正。原因在于^[5]:未成年人所在国就是其经常居所地国家,适用该地法律能满足尽快保护未成年人的需求;未成年人尚未形成自己的文化意识,其生活所在国即其经常居所地国家的法律与其有最密切联系,因而,适用经常居所地法律有利于保护与未成年人有关的法律关系。此外,采用经常居所原则方便一国内不同法域的区域法律适用。

(二) 经常居所的不足

正因为经常居所具有上述优点,因而,国际上采用经常居所的国家有逐渐增多的趋势。但是,考察各国立法,可以看出,其他国家的国内立法采用经常居所作为主要连结点的还不多见。大多数国家

^① 因此,本文混用“经常居所”与“惯常居所”表述。我国立法规定的经常居所包括自然人和法人的经常居所,因篇幅所限,本文仅探讨自然人的经常居所。

把它作为本国法主义或住所地法主义以外的次要的、辅助性的选法法则或连结因素。故而,如欲以惯常居所地法原则完全代替本国法主义或住所地法主义,以惯常居所地代替国籍或住所,尚需进一步努力^[6]。究其原因,在于经常居所从产生起即有其先天性不足:首先,含义不明。经常居所的概念在立法和实践中已得到广泛接受,但国际上始终缺乏一致的释义,甚至影响甚大的海牙国际私法会议迄今也未予定义。海牙公约不予其以定义表明一个深思熟虑的政策,目的在于使之不受那些会产生僵硬、且在不同法律体系间产生歧义的技术性规则的影响。也希望法院能抵挡对经常居所形成详细和限制规则的诱惑^[7]。然而,“将一个缺乏定义的概念,置于牵涉甚广的法律关系之中,未免有欠周全。”^[8]其次,含义不明导致经常居所尚无公认的确切标准,对其构成要素的认识不一,将影响纠纷处理的确定性与案件结果的公正。再次,由于以上缺陷,使经常居所的适用相较住所更不具稳定性,更易被一方当事人用来挑选法院、挑选法律。

《法律适用法》以经常居所为首要、甚至唯一的连结点,不可否认这是我国立法的亮点或创新。存在的问题是:其一,立法并未给经常居所下一定义,也未对其构成规定标准,带来法官适用的不确定和学者的极大忧虑。因为当事人可以轻易改变经常居所,从而规避我国法律。其二,国际上采经常居所为主要连结点的毕竟为少数,这会导致对于同一属人问题我国法院作出的判决结果可能与多数国家都不相同,诱使当事人选择法院,也致使我国法院判决在国外可能难以得到承认与执行。其三,属人法连结点的采用不可脱离各国国情及其文化传统。每个国家立法选择连结点不可能是任意的,都有其客观根据。采本国法主义或住所地法主义各有其立法理由,且深受传统与政策之影响^[9]。历史上的移民输入国家惯于采用住所地法或经常居所地法,移民输出国则多采用国籍国法。适应国际发展需要对属人法连结点进行改革的国家有之。如英国是传统的住所地法主义国家,但由于住所地法主义本身的缺陷以及基于国际义务,英国对住所地法进行温和改革,将通常居所、惯常居所和国籍作为住所地法的补充性连结因素。但是,英国采用“惯常居所”这一连结因素,绝不是简单地将英美法系与大陆法系做法加以折衷,而是源于其深刻的社会背景。虽然英国自20世纪70年代以来已逐渐成为“移民输入国”,可一方面,其移民多来自法律制度与其相似的英联邦国家,没有必要为了加强对这些外来移民的法律控制而加强采用住所地法;另一方面,住所地法的原有缺陷愈来愈被清晰认识,欧共体法和其他国际公约的影响也愈来愈大,这些原因促使英国在相关领域采用了惯常居所地这一连结因素。同时,基于国际义务,英国对单一制国家公民少量采用国籍连结^[10]。从我国情况来看,虽然目前不少外国人在我国居住或经常居住,但我国传统上是向外移民国家,采用本国法原则更有利于保护海外侨胞的利益,多年来的法律与司法实践亦证明采用本国法原则符合我国国情。既然如此,《法律适用法》在属人法连结点上的变革带来诸多疑问也就符合情理。

二、经常居所的性質

经常居所的上述优点和不足无不与对其性质理解的不同有关。经常居所的性質即经常居所究竟是一事实概念还是法律概念。所谓“事实概念”即与常用语义相符,且以关注客观事实为主要特征。“法律概念”则具有严格的法定性,其内涵更为严谨与周密^[8]。西方学者对此有不同的认识。

主张事实概念的观点是,经常居所具有事实属性,应着重于其客观性,并考虑个案的具体情况而定。为了保证判决的自由作出不被定义所禁锢,其概念应该被保留,但对其标准,法律不必界定。因为经常居所是一事实概念,“居所”是否“经常”是纯粹的事实认定问题,不需作出任何定义,也与特定的法律体系无关。有的学者在评价1970年海牙《关于承认离婚与司法别居的公约》时认为,惯常居所概念的技术性表达是从住所概念中抽象出来的,其关注焦点仅仅在居住的持续性,居住是否经常仅为事实问题,勿需作任何定义^[11]。还有学者在讨论《关于未成年人监护的管辖权与准据法公约》时提出,根据未成年人的惯常居所作为该条约的连结点选择准据法,该连结点非法律概念而为事实概念。讨论《关于遗嘱方式准据法公约》时,有的学者认为惯常居所不应给予法律上的定义,而应依条约精

神,完全由事实上去寻找,所谓惯常要素,或可包含主观意思的评价,但仍是事实确认问题^[4]。可见,针对海牙国际私法会议有关公约规定的惯常居所,多数学者持事实说,以避免法律上的概念因各国对其性质定义不同,而产生解释上的困难。

主张法律概念的观点认为,经常居所为一法律概念,具有法律上的意义。即使它仅在决定一个事实问题的初始阶段产生,其含义是一个法律问题。如1970年海牙《关于承认离婚与司法别居的公约》的报告人就认为公约第6条规定的惯常居所即是法律意义上的概念^[11]。虽然没有对惯常居所加以定义,但是,报告人也认识到针对人们常询问的“residence”与“dwelling”是否相同,“dwelling”与“presence”是否有区别,到底什么是“habitual residence”等问题,在没有按照它们的类型进行分类的情况下,法律规则若欲对这些事实进行处理是很困难的。事实上,诸如持续居住或继续一段期间的居住等“纯粹事实”应被减少到最小^[11]。看来,法律说并无意欲给惯常居所一个明确的法律上的含义或标准,持该说学者也认为法律规则不宜对其进行界定,但重要的是,在运用惯常居所的过程中应当充分考虑法律的目的^[5]。

此问题没有引起我国学者的广泛关注。现有研究成果中,有的学者主张事实属性,有的持折衷观点。不可否认经常居所的事实性特征,但国际上已非一味采用纯粹事实说,在司法实践和有关立法中,对一些特殊法律关系的自然人的经常居所之认定,尤其在儿童经常居所的认定上,倾向于法律说。欧洲法院在涉及社会保障等案件中,在确定惯常居所时也考察有关问题的立法背景和法律目的,以确保共同体社会保障协调体系的有效运作^[12]。从立法来看,欧盟《罗马 I》、《罗马 II》以及《罗马 III》均采用惯常居所概念,《罗马 I》、《罗马 II》并对其加以界定,但这两个法律文件并未对构成惯常居所的事实要素及心理要素进行描述,而是从法律目的出发,更多考虑法律适用的确定性及欧洲统一的需要。《罗马 III》虽然没有具体指明何为当事人惯常居所,但制定条例的目的同样为适应欧盟统一市场的需要及法律适用的确定性、预见性和灵活性。“‘法律说’的优点在于可以在惯常居所事实性构成要素的基础上,更加灵活地考虑法律的目的,以便在特定案件中实现结果的公正。”^[5]因而,折衷观点也为笔者所赞同。

三、经常居所的确定

(一) 经常居所的构成要素

1. 居住期间

当事人必须有在某地居住的事实,并达到一段显著的期间。多数立法和司法实践有这样的要求,但并未就该要件的具体标准达成一致,居住时间的长短仍属法官自由裁量的权限。如1987年瑞士《关于国际私法的联邦法》第20条规定“在本法意义上,自然人:a.在其以定居的意思居留的国家内有住所;b.在其生活了较长时间的国家内有惯常居所,即使该时间在开始时是有限的;……”1996年列支敦士敦《关于国际私法的立法》第9条规定“在本法意义上,自然人拥有:a.其住所,位于其有久居意愿而居留之地;b.其惯常居所,位于其在较长期间内生活之地,即使该期间自始便已设定。”2004年比利时《国际私法典》第4条第2款规定“就本法而言,惯常居所系指:自然人设立其主要居所的所在地,即使未进行登记并且与居住许可或无限期居住许可无关;为确定惯常居所地,应该考虑显示与该地具有持久联系或表明建立此类联系之意愿的个人或职业性质的情况。”1999年我国《澳门民法典》第30条第1款规定“属人法即个人常居地法。”何为常居地?该条第2款规定“个人实际且固定之生活中心之所在地视为个人之常居地。”这些国家和地区都要求当事人在某处所的居住,瑞士与列支敦士敦要求生活了较长时间,比利时和澳门虽然没有直接言明较长时间,却也反映了这层意思。英国要求一段时间的实际居住,构成一段“可评估期间”(an appreciable period of time)。然而,这必备的期间并不是一个固定的时间,它取决于不同案件的具体情况。有的法官认为一个月便足以构成一段可评估期间;有的认为只要一个人离开一个国家而带着久住的意图到另一个国家,惯常居所可以在

极短的时间内改变;有的则指出三周不能构成一段可评估期间^[13]。为了统一惯常居所概念,1972年1月18日欧洲理事会讨论《住所及居所法律概念统一化》所作决议第9条中专门论及惯常居所,建议成员国在确定自然人的惯常居所时,应当考虑该居所的持续时间和连续性。除此之外,还应当考虑根据自然人个人情况、其职业性质所反映出的自然人与其居所之间的持续关系。欧洲法院认为居住时间的长短仅仅是确定是否一个人的惯常居所的一个因素,但不是取得惯常居所的本质性因素^[12]。

尽管在理论上对取得经常居所应当设定最低居住期间的认识不统一,但居住期间已成为各国认定经常居所的重要因素。我国最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第9条规定“公民离开住所地最后连续居住一年以上的地方,为经常居住地。但住医院治疗的除外。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第5条规定“公民的经常居住地是指公民离开住所地至起诉时已连续居住一年以上的地方。但公民住院就医的地方除外。”《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》借鉴上述内容,第15条规定“自然人在涉外民事关系产生或者变更、终止时已经连续居住一年以上且作为其生活中心的地方,人民法院可以认定为涉外民事关系法律适用法规定的自然人的经常居所地,但就医、劳务派遣、公务等情形除外。”显然,我国关于经常居所的可评估期间前后司法解释看法一致,即为一年。但是,一年的规定也存在问题。如:规定连续居住一年即构成经常居所的根据何在?如何理解“连续”居住“一年”以上?是否意味着一年必须寸步不离居住地?如果再次外出,是否不考虑时间长短与外出性质,都需重新计算居住期间?而且,“一年”总得有个时间起算点,前两个司法解释以“公民离开住所地”为计算之开始,最新司法解释规定为“涉外民事关系产生或者变更、终止时”,这样规定具有合理性、明确性,然实践运用中也可能出现麻烦。假设当事人在涉外民事关系产生的甲地连续居住一年,后移居乙地并变更或终止其权利义务关系,在乙地也连续居住一年,此时若发生纠纷需确定经常居所地,究以何地为准?如果说这种情况在涉外继承关系中难以发生,因为《法律适用法》对当事人的经常居所地有时间限制,即“被继承人死亡时”、“立遗嘱人立遗嘱时或死亡时”的经常居所地,但在夫妻关系、父母子女关系等领域立法并未做如此限制,也就难以确保上述困局不会出现。所以,对于我国《法律适用法》的经常居所的界定应当规定一定期限的居住期间的要求,但不应完全依赖时间标准及拘泥于一个特定的如“一年”的可评估期间^[14],立法和司法解释均无需予以具体规定。

2. 居住意图

经常居所不要求自然人有在某地永久居住的意思。1979年《匈牙利国际私法》第12条第2款就规定“惯常居所是个人无永远居住的意思而较长期居住的地方。”争论焦点是是否要求自然人有在某地居住的意图?比利时国际私法规定确定经常居所地,应考虑显示与该地具有持久联系或表明建立此类联系之意愿的个人或职业性质的情况。根据澳门法律考察个人实际且固定的生活中心,其实包含考虑其定居意图之意。英国实践要求当事人有一定程度的定居意图或目的。定居的意图可以是一个,也可是多个;可以是特殊的,也可是一般的,法律唯一的要求是具有定居意图。当然,这并不意味着一个人必须有在某地无限期定居的意图,可以是一段有限的定居期间。教育、经营或职业、雇用、健康、家庭、甚至仅仅是恋爱等均可以构成定居目的或意图。但在某地生活的意图须有足够的连贯性才能被恰当地称为“定居”^[15]。当然,在某地居住较长一段时间的事实足以说明此地为其惯常居所,是否有定居的意图就不重要,反之,仅仅居住较短时间,意图就成为关键。有时几个月甚至一个月足以得到惯常居所,但这需要有居住意图的证明^[13]。这个证据应该是客观事实而非心理状态。也有法官在案件中把不考虑意图称为客观方法(objective method),一并考虑意图及重要事实或相关情况称为主观方法(subjective method)^[8]。欧洲法院认为,惯常居所是一个人利益的惯常中心所在地。为了确定该地,在欧盟《关于对劳工、个体户及其在共同体领域内迁徙的家庭成员适用社会保障制度的1408/71号条例》下,居住时间的长短和连续性、雇用情况、家庭状况、迁移的原因及从所有情况中推

知的当事人的意图都是应该考虑的相关因素^[12]。

我国《民法通则》及《民事诉讼法》的司法解释对经常居住地只有“连续”居住“一年”时间的要求,并未规定需考察居住意图;而且,该规定主要针对的是我国公民在国内经常居住地的取得。在全球经济一体化趋势下,国际民商事交往愈加深入,国际间流动人口急剧膨胀,自然人在境外某地连续居住一年,再更易居住地的情形并不罕见。例如自然人在境外留学读学位、长期探亲或度假等等。凡此种情况,有的可能仅将经常居住地视为暂时容身之处,一旦具备离开的条件或再次前往某地的要素,便会离开现居住地。确定涉外民事关系当事人的经常居所,如果仍然沿用上述司法解释“连续”居住“一年”之规定,只考虑时间因素而不顾居住意图及其相关要素,可能会出现两种对立的认识或情形,即:认为设定经常居所的条件过高,其取得与认定困难,有悖经常居所的立意在于便利自然人流动的初衷^[16],难免使之失之灵活、弹性;认为设定经常居所的稳定性不足。它“虽满足了便利性、灵活性要求,却有失稳定性,不利于判决的一致性与可预见性,为法律关系埋下了不安的隐患;虽能够反映一定时间段内,自然人与某地间的密切联系,却流于表面性,无法发掘可能隐藏于自然人内心或居住事实之下的另一番更深层、更密切、更真实的联系。”^[8]

《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》除了规定连续居住一年以上的要求,同时规定“且作为其生活中心的地方”。笔者认为,强调“生活中心”要素蕴含着居住意图之考虑,以此为不可或缺的条件值得肯定。因为属人法本身有较高程度的稳定性要求,如果一方当事人几易经常居所,对于相对方当事人而言,将难以在合理期限内预见对方经常居所可能发生的变化,故而,交易的安全性与法律关系的稳定性将面临考验。所以,需为经常居住加以主观限制,使其具有一定程度的稳定性,把对当事人定居意图的要求引入我国立法与实践中。法官应根据居住的事实,综合当事人居住的时间及其连续性、家庭状况、职业情况等各个方面进行考察,从而确定某地为其生活中心,推知其有在某地设立经常居所的意图,以确定其“经常”居住于某处所。

3. 法律目的

任何法律都规范一定的社会关系,保护不同法律主体的利益。为了实现法律适用结果的公正,对于一些特殊的法律关系,需考虑其特殊的目的。如上所述,适用经常居所地法律对保护未成年人有利,那么,在儿童经常居所的判定上,是否犹如成年人一样需认定其构成要素,尤其分析儿童自己的定居意图?有学者考察了西方国家14个涉及1980年海牙《国际儿童诱拐民事方面的公约》实施的国内法判例后发现,在这些判例中,法院无一例外地考虑儿童对环境的适应,其中6个判例同时考虑父母对环境的适应,9个判例考虑了父母共同的定居意图^[5]。国外有的学者从惯常居所的一般规则、成年人的惯常居所、儿童的惯常居所几个方面探讨该问题,认为儿童的惯常居所一般与其负有父母责任并有自己的家的人的惯常居所相同。更准确地说,儿童惯常居所的事实性因素由儿童自己的实际居住、缺席或离开来确定;儿童惯常居所的意志性因素不是由儿童的意图来决定,而是由儿童居住地的、对儿童负有父母责任的人的意图来决定^[15]。因此,判定儿童经常居所需同时考虑儿童事实上的生活环境及父母的定居意图,以实现最大限度保护儿童利益的法律目的。对作为弱者的儿童加以保护,同样是我国国际私法不可回避的命题,反映在儿童经常居所的确定上,立法和司法解释没有专门规定,上述实践和观点给我们提供了思路或借鉴。

(二) 经常居所同邻近概念的界分

《法律适用法》以经常居所地法作为属人法,偶以本国法辅之。这种完全抛弃住所地法的做法受到学者质疑。因为在大多数国家的立法中,经常居所并没有完全取代住所,而只是住所的补充或者替代^[17]。但也有学者把经常居所等同于住所或言其就是住所^[18],因此有必要明确几个相近概念的内涵。

住所(domicile):一般认为,住处是一个人以久住的意思而居住的某一处所。1972年1月18日在讨论《住所及居所法律概念统一化》所作决议中,欧洲理事会对住所作出如下界定:自然人的住所

是自然人与特定国家之间的一种法律关系。这种关系是基于以下事实认定的:自然人自愿在该国建立并保留其独一无二的或主要居所的事实;自然人有在该国建立并保留其个人生活中心、社会及经济利益中心的意愿。这种意愿可以根据其过去及将来居住的期间以及自然人或其职业与其居住地国家所存在的某种联系的事实来确定。该界定与前述欧洲理事会建议对惯常居所考虑的要素不完全相同。匈牙利国际私法规定,惯常居所是个人无永久居住的意思而较长期居住的地方。列支登士敦国际私法规定,自然人的住所位于其有久居意愿而居留之地,惯常居所位于其在较长期间内生活之地。这些定义说明经常居所与住所的本质区别。确定住所需证明当事人久住的意思,但在认定经常居所时,勿需考究当事人久住的主观意向。

通常居所(ordinary residence):通常居所是英国为弥补住所地的缺陷而设立的一个使用较长久的连结点,主要适用于婚姻案件的管辖权、外来移民法、社会保障法、税法等领域,并被用来作为确定必修学生获得当地政府奖学金资格的标准,以及为大学学费支付目的确定学生为本地学生还是海外学生的标准^[13]。有的判例和学者认为这两个概念无明显区别,但也有判例和学者认为其至少有两点区别:其一,一个人可以只有一个惯常居所,但可以同时具有多个通常居所;其二,通常居所可以在一天内取得,惯常居所则需要一段可评估期间^[19]。可见,通常居所与经常居所的定居意图的强弱程度不同,实践中后者需要一定的可评估期间。

偶然居所(casual residence):偶然居所是一个人偶然居住的处所,并不具备定居意思。经常居所一般为当事人连续居住一定时间的居所,且为其个人或其家庭生活、工作的中心。选择偶然居所带有一定的偶然性,居住时间也较短,在通常情况下,居住人与偶然居所并无密切联系。但如某人无任何惯常居所时,偶然居所也可成为法律选择的连结因素^[20]。

以上分析可以看出,经常居所与邻近概念有关系,但并不完全等同。从法律角度看,经常居所与住所区别。无论英美法系还是大陆法系国家,住所的取得、变更需具备一定的形式要件,例如登记、声明、居住时间以及无犯罪记录等。在认定惯常居所时,仅关注居住的事实及该处所与当事人之间的关系^[21]。我国《民法通则》第15条规定“公民以他的户籍所在地的居住地为住所,经常居住地与住所不一致的,经常居住地视为住所。”即公民的住所为其户籍所在地。然而,该条只规定确定住所的标准或方法,并没有给住所以法律上之定义^[21]。而且,户籍的取得须符合法律规定的条件并需进行户籍登记。司法解释对公民的经常居住地的认定,仅为公民离开住所最后连续居住一年以上的地方。公民由其户籍所在地迁出后至迁入另一地之前,无经常居住地的,仍以其原户籍所在地为住所。如果公民的住所不明或者不能确定,以其经常居住地为住所。暂且不论我国今后的户籍制度如何改革,这些规定至少可以说明,在目前《民法通则》的语境下,住所与经常居住地虽然一定条件下有重合,但却是意义不同的两个概念。从确定上述各“地”的严格程度看来,“最严格地乃为住所地,次为惯居地,再次为经常居所地(ordinary residence),其后为居所地,最后为身体所在(presence)。”^[22]《法律适用法》忽视住所与经常居所的区别,弃较稳定的住所,完全采用较住所不具确定性的经常居所,不仅需从理论上进一步论证如此做法的必要性与合理性,还需从实践角度进一步观察其适用效果与价值。

(三) 经常居所冲突的解决

虽然经常居所的概念为不少国家立法及司法实践所接受,但各国国情不同,对于经常居所的规定就会出现不一致,在以经常居所为连结点来确定管辖权及法律适用时即会产生法律冲突。如对于经常居所的确定,有些国家不考虑当事人的定居意思,规定只要居住一段时间即可,而有的国家要求同时考虑二者;作为案件管辖权的依据,法院往往只是考虑当事人是否经常居住于该国,而不问当事人是否在别处也有类似的经常居所;此外,在不同情况下,经常居所地的可评估期间亦不尽相同。因此,协调并弥合经常居所的法律冲突,是立法者要解决的另一个问题^[3]。

经常居所积极冲突的解决。经常居所的积极冲突即经常居所非唯一。对于这种冲突,如其中有

一个在内国(地)或法院地,借鉴国际上解决国籍或住所冲突的内国(地)优先原则,应以内国(地)或法院地的经常居所为准。如《匈牙利国际私法》第11条第4款规定:“……如个人的几个惯常居所中的一个在匈牙利,应适用匈牙利法。”《澳门民法典》第30条第4款规定“如个人之常居地多于一地,而其中之一为澳门,则以澳门地区之法律为属人法。”英国法院一旦确定当事人在英国有惯常居所,即对该案有管辖权,并且只适用英国法,即法院地法。若两个以上的经常居所均非在内国(地)或法院地,立法少见有明文规定,学者一般主张以与当事人有最密切联系的经常居所为准。

经常居所消极冲突的解决。经常居所的消极冲突包括两种情况,一种是新旧经常居所更替时产生的真空,亦即当自然人离开目前的经常居所并决心永不返回时便构成了对原经常居所的放弃,而新经常居所的成立又须达到显著的期间,此时便会造成当事人无经常居所;另一种是至始便无经常居所。对于经常居所的消极冲突,《澳门民法典》第30条第5款规定“如无常居地,则以与个人生活有较密切联系地法为属人法。”英美法系国家的法院更多地考虑以其通常居所代替,尤其对于儿童监护或税收的案件;还有主张以偶然居所或出现地代之^[20]。

我国《法律适用法》未规定解决经常居所积极冲突的规范。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第183条规定“当事人住所不明或者不能确定的,以其经常居住地为住所。当事人有几个住所的,以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的住所为住所。”实践中,如产生经常居所的积极冲突,可以参考该司法解释的精神,借鉴以上立法或理论主张,如果其中一个经常居所在我国域内,应以我国的经常居所为优先,原因在于一个人既然已依我国法律取得经常居所,则不问外国法律是否认为其有外国经常居所,以体现法律适用的便捷及对当事人利益的保护;如果经常居所均不在我国,则以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的经常居所为优先,这样做也符合《法律适用法》第2条第2款关于适用最密切联系原则的补缺性规定。《法律适用法》第20条规定:“依照本法适用经常居所地法律,自然人经常居所地不明的,适用其现在居所地法律。”此“经常居所地不明”应既包括当事人的经常居所地不能查明,也包括当事人无经常居所的情形。这就意味着经常居所的消极冲突,适用当事人现在居所地法律。但这条规定只适用于“依照本法适用经常居所地法律”时,即本法第11条、第12条、第13条、第15条、第28条、第31条、第46条之规定下,如若自然人经常居所地不明的,适用其现在居所地法。

四、经常居所的适用

(一) 确定管辖权中的适用

国内立法一般把经常居所作为确定管辖权的补充依据。大陆法系国家如瑞士国际私法把住所原则作为确定管辖权的基本原则,但确定亲子关系、认领、监护等案件管辖权,确定动产物权、合同、不当得利、侵权等诉讼管辖权时,则把子女或未成年人的惯常居所、被告的惯常居所作为住所的并列原则或补充原则加以适用。比利时《国际私法典》第5条把被告住所或惯常居所作为并列的确定国际管辖权的依据。英美法系国家,如英国《住所与婚姻诉讼法》规定,到诉讼开始日止在英国有惯常居所达一年之久,英国法院就有管辖权。国际条约根据经常居所确定管辖权的不少。涉及国际家庭法领域的海牙公约,如海牙1961年《保护未成年人的管辖权和法律适用公约》、1965年《收养管辖权、法律适用和判决承认公约》、1996年《关于父母责任和儿童措施的管辖权、法律适用、承认、执行和合作公约》、2000年《关于成年人国际保护公约》等,均以惯常居所为管辖权依据。欧盟条例如欧盟理事会2003年《关于婚姻事项及父母亲责任事项的管辖权及判决的承认与执行并废除第1347/2000号(欧共体)条例的第2201/2003号(欧共体)条例》也把惯常居所作为确定管辖权的主要连结点。国际统一立法之所以这样规定,除了统一管辖权标准的需要,也是为了子女或其他需保护人利益之最大化,经常居所地与这些当事人的联系最为密切。我国《民事诉讼法》第21条规定“对公民提起的民事诉讼,由被告住所地人民法院管辖;被告住所地与经常居住地不一致的,由经常居住地人民法院管辖。”

第22条规定四种情况下的民事诉讼,“由原告住所地人民法院管辖;原告住所地与经常居住地不一致的,由原告经常居住地人民法院管辖。”可见,我国确定管辖权的基本原则也是以住所地为主,以经常居所补充。

(二) 法律选择中的适用

经常居所原则成为国际私法不可忽视的属人法连结点,但不同国家、地区对其在法律选择中的适用有所差别。

惯常居所是海牙国际私法会议条约在属人法上的首选连结点,其目的是解决国籍原则和住所原则的矛盾,从而形成对两大原则长期争论的妥协,统一属人法的适用。把经常居所作为属人法连结点首要或独立适用的国家或地区不多。在普通法系国家,以惯常居所地法替代住所地法仅为1974年《瑙鲁共和国冲突法》第3条所采用^①。如上所述,英国属人法发展路径是从坚持传统到温和改革,为了克服住所原则的弊端,将惯常居所等作为住所的补充性连结因素而采用。在大陆法系国家或地区,如我国澳门回归前的民法典以自然人的国籍国法为属人法,又以惯常居所地法和住所地法为适当变通和补充。现行《澳门民法典》第30条将经常居所作为首要连结点,以方便回归后的区际法律适用。德国、比利时等在权利能力、行为能力、人格权等领域以国籍原则为主导,但出于对妇女和儿童保护之目的,在亲子关系和婚姻领域以惯常居所为首要连结点。如比利时《国际私法典》第34条规定“除本法另有规定外,身份与行为能力由当事人本国法支配。”第37条规定“自然人姓名的确定由其本国法支配。”第55条规定,离婚和别居由提起诉讼时配偶双方的惯常居所地国家的法律支配。德国《民法施行法》第18条第1款规定“扶养义务,适用各扶养权利人惯常居所地现行法律中的实体规定。”第19条规定“子女的出生,适用该子女的惯常居所地国法律。”列支敦士登《关于国际私法的立法》原则上以自然人本国法为其属人法,在国际婚姻法领域如婚姻的效力、婚生和准正的效力、子女非婚生的后果、收养子女的效力等以惯常居所取代本国法。比利时、列支敦士登等国家对婚姻家庭事项规定惯常居所为首要连结点,国内外籍人口的比例是考虑因素之一,如比利时的常住人口中已有1/10的人不具有比国国籍,列支敦士登近十几年来外国人口在其总人口中的比例也大幅上升^[23]。在婚姻家庭领域适用惯常居所地法可以使这些国家的法律得到更多适用机会。

其他大陆法系国家少见以经常居所为首要连结点的。据介绍,瑞士国际私法1978年“专家草案”曾规定自然人民事行为能力适用其惯常居所地法。但有人批评认为,惯常居所作为连结点有被滥用之虞。当事人可以轻易改变其惯常居所,这样一个无民事行为能力的人就有可能到外国并在那里设立惯常居所,从而获得民事行为能力。该当事人回到瑞士后,则会利用其在外国取得的民事行为能力来从事民事行为。为避免此类滥用,1982年的“政府草案”和最后通过的法律文本都将惯常居所改为住所^[24]。瑞士《关于国际私法的联邦法》第35条第1款规定“自然人的行为能力,适用自然人的住所地法律。”同时,瑞士国际私法在有关亲子关系的确立及其效力、认领、监护、遗嘱的有效性、抵押权和票据、侵权行为等事项的法律适用,以惯常居所地法作为补充。所以,瑞士国际私法是把惯常居所作为辅助性连结点而适用。

我国《法律适用法》在第二章“民事主体”中把经常居所作为自然人民事权利能力、行为能力、宣告失踪或死亡、人格权的内容的唯一连结点,第三章“婚姻家庭”、第四章“继承”中,把经常居所作为首要连结点,国籍只起补充作用。此外,经常居所的适用还突破传统属人法领域,出现在第六章“债权”等事项准据法的确定中。诚然,这些规定自有其立法意义,但对经常居所在不同领域的适用还需进一步分析。

^① Private International Law: The Law of Domicile, The Law Commission and The Scottish Law Commission SLC 107 LC 168, December 31, 1987, para. 3. 8.

国际私法中的能力,是一个人在民事法律上享有权利、履行义务和承担责任的资格,包括民事权利能力和民事行为能力。因近代国际法将基本人权作为规范重点,强调人在法律上一律平等,各国法律莫不明文规定人的能力问题。但各国对人的权利能力和行为能力的规定不尽相同,需要根据国际私法判断究竟依何国法律确定人的能力。当事人的权利能力与其本国历史、伦理观念、风俗习惯等具有密切关系,各国法律对本国人的身份和能力的规定应该最适合本国人的生理特点和生活习惯。权利能力是法律赋予的一种资格,一般不受自然人客观条件或行为的限制,但行为能力则不同,其取决于自然人的身心成熟状况。人的身体发育受其成长地域之人种、气候及风土等地理因素影响甚深,各国根据不同情况对本国人的行为能力作出规定,也应是最适合其国民的^[9]。而且,以“时间上对自然人的持久决定性、空间上的密切关联性、内容上的直接的人身关联性”^[25]为特征的属人法,其连结点应具有一定的稳定性与可预见性。自然人的权利能力、行为能力是其从事民事活动的资格及前提,更应具有稳定性。国籍的稳定性及其易于确定是被公认的优点。因此,不少国家如前述德国、比利时在有关权利能力和行为能力的法律适用上,皆以本国法为原则。我国《法律适用法》第11条、第12条规定自然人的民事权利能力、民事行为能力适用经常居所地法律,从理论上讲,“经常居所的概念更为灵活,认定起来没那么严格,有利于法院争取有效控制,保证法律关系的稳定性。”^[18]等等,但是,我国立法没对经常居所加以明确界定,司法解释对它的认定仍有含糊之处,适用起来便不具有稳定性。这显然与涉及人的身份、能力的属人法连结点要求有较高的稳定性不相符。

在婚姻家庭领域,《法律适用法》第21条规定“结婚条件,适用当事人共同经常居所地法律;没有共同经常居所地的,适用共同国籍国法律;没有共同国籍,在一方当事人经常居所地或者国籍国缔结婚姻的,适用婚姻缔结地法。”这条规定废弃了《民法通则》规定的适用婚姻缔结地法的做法,对于结婚条件的规定采用了有条件的选择性法律适用规则,增加了法律适用的灵活性。然而,这种改变可能有违国内具体情况。因为结婚法律规定的使用者不仅有可能是中国法官,还有可能是中国民政部门的婚姻登记机关。根据这条规定,如果双方当事人在外国有经常居所,则首先应适用该外国法律,存在的问题是:中国的婚姻登记机关是否有能力运用外国法审查当事人是否符合结婚条件^[26]?即使婚姻登记机关有这样的能力,在我国婚姻法律规定的结婚实质要件与该外国法律规定不一致时,适用外国法将导致否认我国婚姻机关婚姻登记的法律效力,致使婚姻关系无效的结果。此外,2010年第六次全国人口普查,接受普查登记的外籍人员仅为593832人^①,而我国大陆总人口为13.39亿,外籍人员在大陆总人口中的比例仅为0.044%。如果从该角度考察,我国对在中国境内的涉外婚姻家庭关系,要求适用经常居所地法而导致适用我国法的意义也不大。

(三) 承认与执行中的适用

一些国内立法或国际条约把经常居所要素作为承认和执行的条件,或者要求有关措施或判决为经常居所地法院作出,或者符合经常居所地法。如2000年海牙《关于成年人国际保护公约》第22条规定,非依第二章而行使管辖权之当局所采取之措施,其他缔约国可以拒绝承认。第二章第5条规定“1.该成年人惯常居所所在地缔约国或行政当局享有管辖权,并得采取措施保护其人身或财产。2.如果该成年人惯常居所移至另一个缔约国,新惯常居所所在国当局享有管辖权。”根据瑞士《关于国际私法的联邦法》第27条规定,一方当事人证明依照该当事人住所地法律或者惯常居所地法律,该当事人未被合法传唤的外国判决,瑞士法院拒绝承认和执行。我国《民事诉讼法》只要求外国判决不违反中国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益才予以承认和执行,并未规定其他条件要求。

^① 上述人员指普查标准时点在我国境内居住三个月以上或能够确定将居住三个月以上的外籍人员,但不包括出差、旅游等在境内短期停留的外籍人员。信息来源:国家统计局网站 http://www.stats.gov.cn/tjfx/jdfx/t20110429_402722585.htm, 2012年7月25日访问。

结束语

经常居所是一个有价值且适用日趋广泛的连结点,《法律适用法》引入并把它作为首要连结点,在我国国际私法立法史上具有开创性。同时,不可忽视立法在经常居所规定上存在的缺陷。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》对其认定作了规定,但尚不能称其为完美。完善我国国际私法中的经常居所制度,笔者建议:第一,进一步思考经常居所的概念界定及其构成。经常居所与住所非同一概念。经常居所具有明显的事实属性,但它同时具有法律性,为了不削弱灵活性应肯定其事实特点,但也应重视其确定性,不忽视国际私法的法律目的。为此,经常居所的构成要素应包括居住期间、居住意图及法律目的,而且,居住时间的长短要求应由法官自由裁量,无需规定一个具体的时间为标准。第二,考虑当事人的能力,重视对未成年人的保护,确定儿童的经常居所应弱化或不考虑其居住意图。第三,协调并弥合经常居所的法律冲突,具体规定解决经常居所积极冲突和消极冲突之方法。第四,结合我国特点,参考他国做法,在亲子关系和婚姻领域可以以经常居所为主要连结点,但对于其他法律关系,如自然人的权利能力、行为能力、人格权等事项应以国籍作为主要连结点。而且,有的法律关系也不应放弃住所的意义。

参考文献:

- [1] Pippa Rogerson. Habitual Residence: the New Domicile? [J]. Int'l & Comp. L. Q. 2000, (49): 101.
- [2] 黄进. 中国涉外民事关系法律适用法的制定与完善[J]. 政法论坛 2011 (3): 11.
- [3] 杜新丽. 从住所、国籍到经常居所地——我国属人法立法变革研究[J]. 政法论坛 2011 (3): 30-34.
- [4] 赖来焜. 当代国际私法学之构造论——建立以“连结因素”为中心之理论体系[M]. 台北: 神州图书出版有限公司, 2001. 479-459.
- [5] 刘仁山. 自然人属人法连结点实践之比较研究[A]. 国际私法研究会. 两岸新国际私法之比较研究[C]. 台北: 国际私法研究会 2012. 172, 196, 197, 188-189.
- [6] 林凯. 论属人法之新连结因素——习惯居所[A]. 刘铁铮教授六秩华诞祝寿论文集编辑委员会. 国际私法理论与实践(二)[C]. 台北: 学林出版社, 1997. 316-317.
- [7] Katherine V. Hung. There's no Place Like Home. Determining Habitual Residence: Feder V. Evans-Feder[J]. Ga. J. Int'l & Comp. L. 1996-1997, (26): 493.
- [8] 王晓燕. 国际私法中自然人的住所制度研究[D]. 重庆: 西南政法大学 2009. 84, 87, 121-93.
- [9] 刘铁铮, 陈荣传. 国际私法论[M]. 台北: 三民书局 2010. 77, 247.
- [10] 陈小云, 屈广清. 英国属人法问题研究: 从坚持传统到温和改革[J]. 河北法学 2006 (4): 127-128.
- [11] David F. Cavers. "Habitual Residence": a Useful Concept? [J]. Am. U. L. Rev. 1971-1972, (21): 487, 488, 488.
- [12] Ruth Lamont. Habitual Residence and Brussels IIbis: Developing Concepts for European Private International Family Law[J]. J. Priv. Int'l L. 2007 (3): 266, 265, 265.
- [13] Cheshire, North & Fawcett. Private International Law[M]. 14th ed. New York: Oxford University Press 2008. 188, 190, 183.
- [14] 黄栋梁. 我国 2010 年《涉外民事关系法律适用法》中的属人法问题[J]. 时代法学 2011 (4): 107.
- [15] Peter Stone. the Concept of Habitual Residence in Private International Law[J]. Anglo-Am. L. Rev. 2000 (29): 355, 366-367.
- [16] 李双元. 关于我国《涉外民事关系法律适用法》的几个问题[J]. 时代法学 2012 (3): 9.
- [17] 肖永平. 中国国际私法立法的里程碑[J]. 法学论坛 2011 (2): 59.
- [18] 黄进, 姜茹娇. 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》释义与分析[M]. 北京: 法律出版社 2011. 60; 万鄂湘. 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》条文理解与适用[M]. 北京: 中国法制出版社 2011. 91, 93.
- [19] 郭玉军. 冲突法(J. G. Collier. Conflict of Laws. 13th ed.) [M]. 北京: 中国人民大学出版社 2005. 72.
- [20] 刘益灯. 惯常居所: 属人法趋同化的必然选择[J]. 中南工业大学学报·社会科学版 2002 (3): 305, 307.
- [21] 单海玲. 论涉外民事关系中住所及惯常居所的法律适用[J]. 比较法研究 2006 (2): 100-101, 100.
- [22] 陈隆修. 比较国际私法[M]. 台北: 五南图书出版公司, 1989. 92.
- [23] 杜涛. 国际私法的现代化进程——中外国际私法改革比较研究[M]. 上海: 上海人民出版社 2007. 85, 177.
- [24] 陈卫佐. 瑞士国际私法典研究[M]. 北京: 法律出版社, 1998. 78-79.
- [25] 王霖华. 论自然人属人法及其历史发展趋势[J]. 广州大学学报·社会科学版 2002 (4): 71.
- [26] 郭玉军. 涉外民事关系法律适用法中的婚姻家庭法律选择规则[J]. 政法论坛 2011 (3): 26.

(全文共 19,947 字)